

Mehr oder weniger Staat?

Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Eva Maria Belser
Bernhard Waldmann



Stämpfli Verlag

Mehr oder weniger Staat?

**Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag**



P. H. ...

Mehr oder weniger Staat?

**Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Eva Maria Belser

Prof. Dr. Bernhard Waldmann



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2972-5
ISBN Judocu 978-3-0354-1239-0



© Stämpfli Verlag AG Bern

Rechtsdogmatik als Staatsaufgabe?

Eine (vielleicht) ungewohnte Fragestellung

MARKUS MÜLLER

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	575
I. Begriffsklärungen	576
1. Vorbemerkung.....	576
2. Staatsaufgaben.....	576
3. Rechtsdogmatik.....	577
Exkurs: Imageproblem der Rechtsdogmatik.....	578
II. Elemente der Staatlichkeit	579
1. Vorbemerkung.....	579
2. Staatlicher Auftrag	579
a) Rolle und Funktion in der Rechtsanwendung	579
b) Rolle und Funktion in der Rechtsentwicklung.....	580
3. Hauptakteure	581
a) Universitäten und Verwaltungs(justiz)behörden.....	581
b) Dogmatik als Gemeinschaftswerk	582
4. Fazit: Rechtsdogmatik als Staatsaufgabe	583
III. Rahmenbedingungen staatlicher Rechtsdogmatik	584
1. Vorbemerkung.....	584
2. Akademischer Freiraum	584
3. Verwaltungsjustizieller Freiraum	585
4. Fazit: Freiräume als Rahmenbedingungen	586
IV. Schlussgedanke: Aufruf zur Reflexion	586

Einleitung

Ist Rechtsdogmatik – deren Begründung, Pflege, Weiterentwicklung – eine Staatsaufgabe? Keine klassische Fragestellung, fürwahr. Das bedeutet nun freilich nicht, dass es sich nicht lohnen würde, darüber nachzudenken. Dies soll in der vorliegenden Festgabe zu Ehren von Peter Hänni denn auch geschehen: Der vorliegende Beitrag möchte die Rechtsdogmatik – nach kurzen einleitenden *Begriffsklärungen* (I) – zunächst auf die *Elemente der Staatlichkeit* hin untersuchen und im Anschluss als staatliche Aufgabe identifizieren (II). Damit soll es aber nicht sein Bewenden haben. Denn nicht nur die Natur der Aufgabe interessiert, sondern auch die *Rahmenbedingungen*, die zu deren Erfüllung notwendig sind. Ihnen widmet sich die Arbeit in einem weiteren

Schritt (III). Die gewonnenen Erkenntnisse münden schliesslich in einen finalen «Aufruf zur Reflexion» (IV).

I. Begriffsklärungen

1. Vorbemerkung

Die These «Rechtsdogmatik als staatliche Aufgabe» verlangt zunächst nach der Klärung zweier Begriffe. Was ist unter Rechtsdogmatik, was unter Staatsaufgabe zu verstehen?

Über beide Termini kann man sich lange und wortreich auslassen. Hier ist nicht der Platz für eine solche begriffliche Feinarbeit. Es sollen lediglich die terminologischen Grundlagen – durchaus holzschnittartig – bereitgestellt werden, damit den folgenden Ausführungen gefolgt werden kann. Wer sich eingehender für die Dimension der beiden Begriffe interessiert, sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.¹

2. Staatsaufgaben

Staatliche Aufgaben sind Aufgaben, die für Staat und Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind und in der Regel von der staatlichen Verwaltung erfüllt werden. Indes können zur Aufgabenerfüllung auch Private (etwa Beiliehene oder Verwaltungshelfer²) beigezogen werden.³ Dabei sind alle, die staatliche Aufgaben erfüllen, an die Maximen des rechtsstaatlichen Handelns gebunden (Art. 5 BV) sowie zur Beachtung und Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet (Art. 35 BV).

Es gibt verschiedene *Indikatoren*, die auf die Staatlichkeit einer Aufgabe hinweisen. Zwei sind ausschlaggebend: (1) Die konkrete Aufgabe basiert auf einem *staatlichen Auftrag* und (2) die Erfüllungsverantwortung obliegt hauptsächlich *staatlichen Akteuren*.

¹ Vgl. statt vieler zur *Rechtsdogmatik*: EBERHARDT SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübingen 2013; GREGOR KIRCHHOF/STEFAN MAGEN/KARSTEN SCHNEIDER (Hrsg.), *Was weiss Dogmatik?*, Tübingen 2012; ROLF STÜRNER (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, Tübingen 2010; zu den *Staatsaufgaben*: DIETER GRIMM, *Das öffentliche Recht vor der Frage seiner Identität*, Tübingen 2012 m.w.H. und grundlegend schon PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten?*, Bern/München/Wien 1995.

² Vgl. zum Unterschied TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rz. 10a f.

³ Vgl. in diesem Sinne BAER, Rz. 13 (vgl. auch Rz. 23, zu Typen und Katalogen von Aufgaben).

3. Rechtsdogmatik

Rechtsdogmatik ist – in den Worten von BERND RÜTHERS – «das *innere System* einer in verschiedenen Entwicklungsstufen gewachsenen, unübersichtlichen und oft nicht widerspruchsfreien geschriebenen Rechtsordnung.»⁴ Sie umfasst jede wissenschaftliche Beschäftigung mit dem geltenden Recht, die zu seinem besseren Verständnis, zu seiner Ordnung und Systematisierung und schliesslich zu seiner Weiterentwicklung und Verbesserung beiträgt.⁵ Die dogmatische Durchdringung des Rechts, inklusive der dazu ergangenen Judikate, schält überall dort allgemeingültige *Grundregeln* (Lehrsätze, Prinzipien, Grundsätze) heraus, wo sich diese nicht ohne weiteres dem Normtext entnehmen lassen. Sie sollen schliesslich der Praxis dienen.⁶

Rechtsdogmatik ist folglich nicht *l'art pour l'art*, sondern in erster Linie *Praxishilfe*. Als das kommt ihr sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsentwicklung eine wichtige unterstützende Rolle zu, die sie allerdings nur wahrnehmen kann, wenn sie ihre Hauptadressaten – vorab die Richterschaft, Verwaltung und Advokatur – auch kommunikativ erreicht. In der Sache scheint überdies unerlässlich, dass sich die Dogmatik gegenüber den Erkenntnissen anderer Wissenschaften (insbes. den Sozialwissenschaften) offen und anschlussbereit zeigt.⁷

Bei all dem: «Die» Dogmatik gibt es selbstverständlich nicht. In vielen Punkten besteht vielmehr Uneinigkeit. Auch ist längst nicht alles Rechtsdogmatik, was Wissenschaft und Praxis produzieren.⁸ Den folgenden Ausführungen wird daher ein *enger* Dogmatikbegriff zugrunde gelegt. Ihm sind nur jene juristischen Regeln und Figuren zuzurechnen, die sich als «vorherrschend» einstweilig bewährt und durchgesetzt haben.⁹ Zudem konzentrieren sich die Ausführungen (aus naheliegenden Gründen) auf die Dogmatik des *öffentlichen Rechts*.

Rechtstheorie und *Rechtsdogmatik* sind eng verwandt. Sie beschäftigen sich aber streng genommen mit unterschiedlichen Gegenständen: Während sich die Rechtsdogmatik theoretisch mit dem konkreten Rechtsbestand eines Gemeinwesens auseinandersetzt, beschäftigt sich die Rechtstheorie mit Grundbegriffen und Grundlagen des Rechts an sich, ohne Bezug zu einer konkreten Rechtsordnung. Darüber

⁴ RÜTHERS, Rechtsdogmatik, 10. Die Dogmatik ist irgendwo «auf einer Mittelhöhe zwischen Gesetz und Fall» anzusiedeln (vgl. HASSEMER, 7).

⁵ Vgl. dazu auch eine Begriffsdefinition von LUDWIG RAISERS zit. in BACHOF, 217.

⁶ Vgl. ähnlich RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 315.

⁷ In diesem Sinne WÜRTENBERGER, 11 ff., 14 ff.; siehe auch HASSEMER, 13 f. Zur Perspektivenvielfalt der Rechtsdogmatik vgl. MAHLMANN, Rz. 22 ff.

⁸ Vgl. auch HASSEMER, 11 f.

⁹ Vgl. RÜTHERS, Rechtstheorie, Rz. 320.

hinaus widmet sie sich auch den Erkenntnissen der Dogmatik und schafft insoweit eine Art *Meta-Dogmatik*.¹⁰

Exkurs: Imageproblem der Rechtsdogmatik

Die Rechtsdogmatik und die rechtsdogmatische Argumentation leiden unter einem *Imageproblem*. Sie werden gemeinhin mit lebensfremder, abstrakter und bisweilen erstarrter Theorie (Dogmatismus) assoziiert.¹¹ Dieses zweifelhaftes Image kommt nicht von ungefähr: Ein Hauptgrund mag in einem falschen Rollen- und Funktionsverständnis liegen. Denn Rechtsdogmatik ist nicht – wie viele meinen – eine überwiegend theoretische Beschäftigung mit dem Recht, sondern steht wie bereits gesagt im Dienste der Praxis. Dass sich auch in der Schweiz ein solches Image etablieren konnte, mag unter anderem damit zusammenhängen, dass sich die hiesige Rechtsdogmatik lange Zeit zu stark an die *deutsche Dogmatik* angelehnt hat (und noch immer anlehnt), einer Dogmatik aber, die sich nur bedingt mit der helvetischen Rechtskultur verträgt.

Deutschland gilt (und versteht sich selber) als Land der Dogmatik.¹² Die deutsche Rechtsdogmatik beeindruckt durch ein hohes Mass an Strukturierung und Ausdifferenzierung¹³ von bisweilen schwindelerregender Abstraktionshöhe. Dogmatik, die «hoch fliegt», ist zwar konsensfähig,¹⁴ aber ob sie die primären Adressaten erreicht, ist zumindest für hiesige Verhältnisse fraglich. Wir sind daher gut beraten, die eigenen wie auch die «fremden» dogmatischen Denkfiguren stets kritisch auf ihre *Verständlichkeit*, *Akzeptanzfähigkeit* und nicht zuletzt auf ihre *Praxistauglichkeit* zu hinterfragen.¹⁵

¹⁰ Vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 23; zu den Begriffen Theorie, Dogmatik, Lehre vgl. auch BIAGGINI, 1 ff.

¹¹ RÜTHERS, Rechtsdogmatik, 5; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 309.

¹² Vgl. JESTAEDT, 117 f.; ferner MÖLLERS, Rz. 37; WÜRTENBERGER, 8; WAHL, 127 ff., 132 ff. – Verständlicherweise hat die Dogmatik im angloamerikanischen Rechtskreis eine geringere Bedeutung. Die juristische Methode besteht hier weitgehend in kasuistischem Vorgehen. Wenig erstaunlich, dass dort die grossen dogmatischen, wissenschaftlichen Werke – insbesondere die Qualifikationsschriften: Dissertation, Habilitation – von geringerer Bedeutung sind.

¹³ Kritisch etwa MÜLLER, Verwaltungsrecht, 73 f.

¹⁴ «Auf hohem Abstraktionsniveau lässt sich leicht Verständigung erzielen» (vgl. QUARITSCH, Diskussionsbeitrag zum Referat von BROHM, 317).

¹⁵ Die Schweizerische Rechtsdogmatik hat in der Vergangenheit viel vom deutschen Denken profitiert, ebenso vieles ist aber bis heute nicht wirklich zur Praxistauglichkeit gediehen (kritisch zur «blinden Rezeption» etwa MÜLLER, Verwaltungsrecht, 73 f.).

II. Elemente der Staatlichkeit

1. Vorbemerkung

Die vorliegende Fragestellung ist einfach und fokussiert: Ist die Begründung, Weiterentwicklung und Pflege der Rechtsdogmatik eine staatliche Aufgabe? Dies hängt – wie eingangs dargelegt – primär von zwei Faktoren ab:

- *Staatlicher Auftrag*: Welche Rolle und Funktion ist der Rechtsdogmatik vom Verfassungs- und Gesetzgeber zugedacht? (2)
- *Staatliche Akteure*: Wer ist für die Aufgabenerfüllung zuständig und verantwortlich? (3)

2. Staatlicher Auftrag

Einen expliziten Auftrag zur Erarbeitung und Pflege der Rechtsdogmatik findet man im geschriebenen Recht kaum. *Implizit* lässt sich ein staatlicher Auftrag aber aus den Aufgabenumschreibungen jener Institutionen ableiten, zu deren Kerngeschäft die Rechtsdogmatik zählt (Universitäten, Verwaltung und Verwaltungsjustiz¹⁶). Im Folgenden interessiert nicht die Grundlage, sondern der *Inhalt* des Auftrags, d.h. die *Rolle und Funktion*, die damit der Rechtsdogmatik in unserer Rechtsordnung zugewiesen werden.

a) Rolle und Funktion in der Rechtsanwendung

Die Verwirklichung von Recht und Rechtsstaatlichkeit wird in einem *arbeits-teiligen Prozess* gesichert. Darin kommt der Dogmatik eine Schlüsselrolle zu: Der Verfassungs- und Gesetzgeber setzt die langfristigen, generell-abstrakten Vorgaben; die Verwaltung verdeutlicht und konkretisiert, was im Einzelfall rechtens ist; die Justiz überprüft schliesslich den konkreten Einzelakt auf seine Rechtskonformität hin;¹⁷ und die Rechtsdogmatik ist es schliesslich (oder sollte es zumindest sein), die die einzelnen Elemente dieses Prozesses miteinander verbindet und damit zur notwendigen Kohärenz beiträgt.

Die Rechtsdogmatik erfüllt insoweit eine wichtige *Entlastungsfunktion*.¹⁸ Die rechtsanwendenden Juristen müssen nicht in jedem Fall das «Rad neu erfinden», sondern können sich für die Lösung des Einzelfalles auf bewährte dogmatische Lehrsätze, Regeln und Institute abstützen. Damit trägt die Dogmatik zu einer stabilen Praxis sowie zur Voraussehbarkeit administrativer und

¹⁶ Vgl. hinten Ziff. 3.

¹⁷ Vgl. ähnlich KIRCHHOF, 81.

¹⁸ Vgl. BROHM, 247 f. (Entlastungsgebot ist nicht gleichzusetzen mit Reflexionsverbot). Dazu auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 323 f.; WÜRTENBERGER, 7.

gerichtlicher Entscheidungen bei und ist insoweit ein wesentlicher Faktor der Rechtssicherheit und des Rechtsvertrauens.¹⁹

Im Zeitalter von «anything goes»²⁰ kommt ihr des Weiteren auch eine wichtige *stabilisierende* Funktion zu. Dies bedeutet allerdings nicht, dass Rechtsdogmatik – bzw. die einzelnen Dogmen – unumstösslich sind. Im Gegenteil. Ihr Wahrheitsgehalt ist stets vorläufig²¹ und damit nicht nur entwicklungsfähig, sondern auch entwicklungsbedürftig. Alles andere würde die Dogmatik zu einem sich den Wandlungen verschliessenden starren Dogmatismus machen.²² Ein solcher wäre der Praxis nur hinderlich, sollte er von ihr überhaupt «ernstgenommen» werden.

Die Rechtsdogmatik kann folglich ihre Funktionen nur erfüllen, wenn sie sich ihrer *Praxisbezogenheit* bewusst ist²³ und den permanenten Austausch mit der Verwaltung und der Justiz pflegt.²⁴ Diverse Publikationsorgane stellen hierzu die erforderlichen Kommunikationsplattformen zur Verfügung.²⁵ Dieser Austausch ist es schliesslich auch, welcher der Dogmatik die für sie unabdingbare wirklichkeitsbezogene Flexibilität und Anpassungsfähigkeit verschafft.

b) Rolle und Funktion in der Rechtsentwicklung

Der Rechtsstaat ist keine statische, sondern eine dynamische Grösse. Er ist auf ein Recht angewiesen, das sich gegenüber dem ständigen Wandel in Staat und Gesellschaft offen (nicht willfährig) zeigt. Rechtsstaat sein, bedeutet mit anderen Worten nicht nur, das geltende Recht korrekt anzuwenden, sondern auch, dieses permanent zu reflektieren, zu optimieren und gegebenenfalls weiterzuentwickeln.²⁶ Auch dies geschieht in einem arbeitsteiligen Prozess, in dem die Rechtsdogmatik eine zentrale Mittler- und Schlüsselrolle wahrnimmt, wobei erste Anstösse meistens von der Praxis kommen. Sie ist es, die in ihrer

¹⁹ Ähnlich RÜTHERS, Rechtstheorie, Rz. 322.

²⁰ Zum Zeitalter des «Anything Goes» vgl. JEGES, 25 ff.; zum «Anything Goes» im Umgang mit Realakten siehe MÜLLER, Schleichwege, 64.

²¹ BACHOF, 198.

²² Vgl. in diesem Sinne auch MAGER, Rz. 13 ff.

²³ Vgl. BACHOF, 198.

²⁴ Es sind hier namentlich die (höchsten) Verwaltungsjustizbehörden, die für die flexible Weiterentwicklung der Dogmatik eine zentrale (Mit-)Verantwortung tragen. Vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 317 f.

²⁵ Zur Zeit bieten verschiedene juristische Zeitschriften mit ihren Rechtsprechungsübersichten oder mit spezifischen Urteilsbemerkungen solche Gefässe an (z.B. AJP, BVR, Plädoyer, ZBl, ZBJV).

²⁶ Unter Rechtsentwicklung ist hier ausschliesslich die Fortentwicklung des Normbestandes, mithin die Rechtssetzung gemeint. Die bisweilen dem Richterrecht (judge-made law) oder dem Verwaltungspraktikerrecht (authority-made law) zugeordnete einzelfallbezogene Anwendung offener Normen wird vorliegend zur Rechtsanwendung gezählt.

täglichen Arbeit als erste auf Widersprüche und Lücken im Normenbestand sowie auf Mängel in der darauf gestützten Dogmatik stösst.²⁷

Die Rechtsdogmatik ist allerdings auch in Bezug auf die Revision und Fortentwicklung des Normenbestandes nicht nur treibende, sondern bisweilen auch bremsende und beruhigende Kraft. So gehört es zu ihrer bereits erwähnten *stabilisierenden* Funktion, dass sie oftmals auch von Revisionen abrät und stattdessen der Praxis die konsequente Befolgung ihrer durchaus funktions-täglichen dogmatischen Regeln nahelegt.

3. Hauptakteure

Ob in der Rechtsanwendung oder der Rechtsfortbildung, die Dogmatik nimmt eine Schlüsselrolle wahr. Dabei sind es in erster Linie *staatliche Akteure* (Universitäten, Verwaltungs[justiz]behörden), die sich um die Erarbeitung und Pflege der Rechtsdogmatik kümmern, nicht je für sich alleine, sondern gemeinsam, in enger Kooperation.

a) Universitäten und Verwaltungs(justiz)behörden

Geburtsort der Rechtsdogmatik ist zu allererst die *staatliche Universität* mit ihren «Forschungslabors», den Rechtsfakultäten. Das dogmatische Durchdringen und Weiterentwickeln des geltenden Rechts gehört zu ihrem Kernauftrag. Es ist sowohl Ziel der akademischen Forschung als gleichzeitig auch Basis für die akademische Lehre. Denn auch die Ausbildung junger Rechtsgelahrter muss sich stets am aktuellen Stand der Dogmatik ausrichten. Nur eine fest in ihr verankerte Ausbildung versetzt die künftigen Juristinnen und Juristen in die Lage, sich später in der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft zu bewähren.

Die Zeiten sind jedoch längst vorbei, in denen Hochschullehrer à la FRITZ FLEINER die «Bibel» der juristischen Dogmatik verfassten, die in der Folge von der Praxis weitgehend kommentar- und kritiklos rezipiert wurde.²⁸ Heute hat das Wort der akademischen Lehrer und Dogmatiker weniger Gewicht.

Woran mag das liegen? Vielleicht sind die heutigen Hochschullehrer ganz einfach weniger klug als ihre Vorgänger (der Jubilar ist von solchen Vermutungen selbstverständlich ausgenommen). Oder vielleicht ist es auch nur die schiere Masse an Professoren aller Art (ordentliche, ausserordentliche, assoziierte, Assistenz-, Honorar- oder Titularprofessoren), die deren Wert und namentlich auch den Wert ihrer dogmatischen Ideen und Entwürfe vermindert.

²⁷ Dies gilt namentlich in Bezug auf die Verfahrensrechts-Dogmatik; hier ist die praxisferne Rechtswissenschaft in besonderem Masse auf die Rückmeldungen von der Verfahrensfront angewiesen. Vgl. zur Zusammenarbeit Dogmatik-Praxis nachfolgend Ziff. 3b.

²⁸ Vgl. dazu KLEY, 68 ff.; MÜLLER, Verwaltungsrecht, 99 ff., 108 f.; ähnlich WÜRTENBERGER, 11.

Trotzdem sind es vorab die Rechtswissenschaftler an den Universitäten, die sich idealerweise zuerst und hauptamtlich der Dogmatik widmen. Hier entstehen erste Ideen und Konzepte. Bis zum praxistauglichen Endprodukt, der gefestigten dogmatischen Regel, bedarf es meist noch mehrerer Arbeitsschritte, in welche die *Verwaltung* und die *Verwaltungsjustiz* eng miteinzubeziehen sind.

Neben Universität und Verwaltungs(justiz)behörden gibt es durchaus *weitere Akteure*, die sich um die Pflege der Dogmatik verdient machen. Sie sind jedoch nicht zu den Hauptakteuren zu zählen: Zu erwähnen sind hier zunächst die *privaten Rechtsgelehrten* (dazu zählen mitunter auch emeritierte Universitätsprofessoren) sowie die *Wissenschaftler im «Nebenamt»* (praktizierende Richter, Anwälte, die wissenschaftliche Werke, insbes. Kommentare, [mit-]verfassen). Ferner trägt wie erwähnt auch die *Legislative* eine wichtige Verantwortung für die Implementierung der Dogmatik. In der Praxis ist es aber nicht das Parlament selber, das die Bezüge zur Dogmatik herstellt und die neuen Vorschriften mit ihr zur Übereinstimmung bringt, sondern vielmehr die die Gesetzgebung vorbereitende Verwaltung.

b) Dogmatik als Gemeinschaftswerk

Rechtsdogmatik entsteht – wie schon verschiedentlich angetönt – nicht im Alleingang. Sie ist *Gemeinschaftswerk* von Wissenschaft und Praxis,²⁹ das einen engen Austausch und ein gegenseitiges Geben und (Ernst-)Nehmen bedingt.³⁰

Mängel und Ungereimtheiten der «im Elfenbeinturm» entworfenen dogmatischen Konstrukte treten häufig erst im mehrstufigen Rechtsanwendungs- und Rechtskontrollprozess zu Tage. Sind sie erkannt, müssen sie der Wissenschaft zurückgemeldet werden. Sie hat die entsprechenden «Mängelrügen» sodann entgegenzunehmen,³¹ zu analysieren und zuhanden der Praxis neue Lösungen zu entwerfen. Diese können Anpassungen der Dogmatik beinhalten und – häufig eng damit verbunden³² – in Revisionsvorschläge zuhanden des Verfassungs- oder Gesetzgebers münden.³³

²⁹ MÖLLERS, Rz. 35.

³⁰ Vgl. MÜLLER, Schleichwege, 59 ff. Bisweilen wird zwischen rechtspraktischer (z.B. Richterrecht) und rechtswissenschaftlicher Dogmatik unterschieden (vgl. z.B. WÜRTENBERGER, 7 f.). Dieser Unterscheidung ist indes nicht zu folgen, weil dadurch das für eine funktionierende Dogmatik unerlässliche Zusammenwirken zwischen Praxis und Wissenschaft aus dem Blick gerät.

³¹ Vgl. dazu BROHM, 248. Auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 324 (Negationsverbot).

³² Vgl. MÜLLER, Schleichwege, 75; zum Verhältnis von Gesetzgebung und Dogmatik siehe auch etwa HASSEMER, 12 f.

³³ Vgl. dazu RÜTHERS, Rechtstheorie, Rz. 320. – Die Dogmatik verfolgt insoweit immer auch rechtspolitische Anliegen (dazu WAHL, 129 ff.).

Dieses enge Zusammenwirken ist nicht zuletzt dort unerlässlich, wo die Rechtspraxis pragmatisch, d.h. am Ergebnis und nicht an der Dogmatik orientiert entscheidet.³⁴ Der *Entscheidungsdruck* kann sie bisweilen dazu zwingen. Pragmatische Entscheide sollten allerdings die *Ausnahme* bleiben, leiden sie doch an einem Legitimationsdefizit. Denn nicht das gesetzte Recht liefert ihnen die Grundlage, sondern der recht variable «gesunde Menschenverstand». Das ist zu wenig. Rechtssicherheit – der zentrale rechtsstaatliche Wert – verlangt nach Verlässlichkeit und Stabilität. Dazu bedarf es einer Praxis, die sich konsequent um Dogmatiktreue bemüht.³⁵

Kommt es ausnahmsweise dennoch zu einem pragmatischen Entscheid, verbindet sich mit ihm eine doppelte Verpflichtung:

- *Offenlegung*: Die Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde muss *zunächst* transparent machen, dass sie im konkreten Fall die Dogmatik ausser Acht lässt. Dies setzt freilich voraus, dass sie sich dessen überhaupt bewusst ist.
- *Begründung*: Weiter muss sie zuhanden des Entscheidadressaten, vor allem aber auch zuhanden der Wissenschaft darlegen, wo ihres Erachtens die Dogmatik ein Defizit aufweist, das sie im konkreten Fall zur Flucht in die Pragmatik getrieben hat.

Ohne diese Pflicht zu Offenlegung und Begründung würde der Austausch zwischen Praxis und Dogmatik gerade in jenen Fällen versagen, in denen die Dogmatik besonders gravierende Mängel aufweist und daher besonders dringlich der Anpassung bedarf.

4. Fazit: Rechtsdogmatik als Staatsaufgabe

Der kurze Streifzug hat gezeigt:

- Rechtsdogmatik zu entwerfen und weiter zu entwickeln, geschieht im *Auftrag des Staats*. Ohne Rechtsdogmatik fehlt dem Rechtsstaat das Fundament, fehlen ihm die Voraussetzungen für Rechtssicherheit, Rechtsvertrauen und damit letztlich für nachhaltigen Rechtsfrieden.
- Rechtsdogmatik entsteht idealerweise als *Gemeinschaftswerk* verschiedener *staatlicher Akteure*, allen voran der universitären Rechtswissenschaft und der staatlichen Verwaltungs(justiz)behörden. Staatliches Werk durch und durch also.

Rechtsdogmatik ist demzufolge nicht nur Aufgabe des (Rechts-)Staats, sondern sein Garant und Motor zugleich.

³⁴ Vgl. zum Zwang zur Entscheidung etwa RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 314.

³⁵ In diesem Sinne auch WÜRTENBERGER, 5.

III. Rahmenbedingungen staatlicher Rechtsdogmatik

1. Vorbemerkung

Rechtsdogmatik – so viel konnte gezeigt werden – ist eine Staatsaufgabe und zwar nicht irgendeine, sondern eine für den Rechtsstaat essentielle. Damit interessiert als Nächstes, welche *Rahmenbedingungen* erfüllt sein müssen, damit Rechtsdogmatik gedeihen und ihre Funktion optimal erfüllen kann. Es sind dies vor allem zwei: der akademische und der verwaltungsjustizielle Freiraum.

2. Akademischer Freiraum

Rechtsdogmatik zu schaffen und Rechtsdogmatiker auszubilden, gehört – wie gesagt – zur *Kernaufgabe* der staatlichen Universitäten bzw. ihrer Rechtsfakultäten. Dieser Aufgabe können sie allerdings nur gerecht werden, wenn sie getreu ihrem gesellschaftlichen Auftrag zu dem Sorge tragen, was sie letztlich ausmacht: die akademische Freiheit.³⁶ Als Bauplan und Gebrauchsanweisung des geltenden Rechts hat Dogmatik beträchtliche Auswirkungen auf das gesellschaftliche Leben. Zugleich ist sie nie wertungsfrei.³⁷ Umso wichtiger, dass sie in einem geschützten Raum von Unabhängigkeit und Freiheit gedeihen und sich einzig an hohen Werten wie Gerechtigkeit und Gemeinwohl ausrichten kann.³⁸

Diese Unabhängigkeit und Freiheit ist heute an den Universitäten jedoch in Gefahr. Die um sich greifende *Ökonomisierung* hat auch die Rechtsfakultäten erreicht und droht die unabhängige rechtswissenschaftliche Forschung zu beeinflussen.³⁹ Die Prioritäten in Forschung und Lehre werden dadurch schleichend verschoben: Der Rechtsdogmatiker, der sorgfältige und akribische Feinarbeit am dogmatischen System vornimmt, der Prototyp des Rechtswissenschaftlers und Rechtsprofessors also, er wird in der universitäts-internen Rangordnung zusehends vom dynamischen und gleichsam dienstfertigen «Law-Coach» und «Law-Manager» überholt. Dieser zeichnet sich – etwas zugespitzt ausgedrückt – dadurch aus, dass er der Praxis und der Gesellschaft rasche und unmittelbar verwertbare Hilfestellungen (Beratungen, Expertisen) liefert, ohne sich dabei lange über deren dogmatische Reinheit den Kopf zu zerbrechen. Seine knappe Zeit reicht dafür schon gar nicht aus.

³⁶ Vgl. KIRCHHOF, 94 f.

³⁷ Vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 329; WAHL, 129 f.

³⁸ Ähnlich auch MAGER, Rz. 15 ff.

³⁹ Vgl. zur Problematik MÜLLER, Akademische Freiheit, 381 ff.; ferner aus dem deutschen Schrifttum etwa WÜRTENBERGER, 10; AHRENS, 1099. KIRCHHOF, 95, formuliert es zurückhaltend: «Gegenwärtige Bemühungen, die Leistung und finanzwirtschaftliche Effizienz der Universitäten durch ökonomische Steuerungsinstrumente zu steigern ..., suchen noch ihre wissenschaftsgerechten Massstäbe.»

Zeit ist Geld und Geld ist das Mass aller Dinge – zunehmend auch an den Universitäten.

Was eigentlich ist die Aufgabe des Rechtswissenschaftlers? Dienen, nicht zudienen! HANS HUBER hat dies – mit Blick auf die ganze Berufsgilde der Juristen – folgendermassen ausgedrückt:

«Und trotzdem sinkt derweil das Ansehen der Juristen in der Gesellschaft, weil das Recht nicht jedem Ansinnen entsprechen kann und weil der bloss zudiener halt doch ein schlechter Jurist ist».⁴⁰

Das *Selbstverständnis* heutiger Rechtswissenschaftler scheint sich allmählich in eine andere Richtung zu bewegen: An der Rechtsdogmatik zu feilen, mit dem Ziel, der Praxis generell und nachhaltig zu *dienen*, nicht bloss punktuell *zuzudienen*, droht an den Rechtsfakultäten zur Randerscheinung zu werden. Lukrativere Aufträge mit entsprechender Drittmittelakquise sind die Verlockungen der Zeit. Setzt sich dieser monetäre Trend an den Universitäten ungebrems fort, droht die Rechtswissenschaft allmählich zu vergammeln. Die Grundlagenforschung verkümmert und die Juristenausbildung verkommt zur theorie- und dogmatikfernen Berufslehre.

Wer aber springt in die Lücke, wenn sich die Rechtsfakultäten mehr und mehr aus der Dogmatik verabschieden? Wer sonst kann sich die Musse dafür nehmen, wenn nicht die Rechtswissenschaftler an der Universität, denen hierfür Zeit und Geduld – als separate Lohnbestandteile – geschenkt sind. Und schliesslich, *horribile dictu*: Was passiert, wenn wir allmählich weder Dogmatik noch Dogmatiker haben? Kehren wir dann zurück zu den *Urformen* der Rechtsanwendung und Rechtsprechung, orientieren uns an Aberglauben und Zauberei, analysieren die Eingeweide frisch geschlachteter Hühner oder vertrauen auf das Gottesurteil?

3. Verwaltungsjustizieller Freiraum

Rechtsdogmatik ist wie gezeigt ein Gemeinschaftswerk von Wissenschaft und Praxis. Es sind die Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden, insbesondere die höchsten Gerichte, die im direkten Dialog mit der Rechtswissenschaft zur (Weiter-)Entwicklung der Dogmatik beitragen. Zwar gehört dies nicht zu ihren Hauptaufgaben, aber zu einer ihrer wichtigsten und hochwertigsten Nebenaufgaben. Dazu sind auch sie auf geschützte Freiräume angewiesen: Den einen gewährt ihnen das verfassungsrechtlich garantierte Institut der (richterlichen) *Unabhängigkeit*. Von ihm soll hier aber nicht die Rede sein. Vorliegend interessiert ein etwas weniger prominenter, deswegen aber nicht minder schützenswerter Freiraum: *Zeit*.

⁴⁰ HUBER, 66.

Konkret: Die Verwaltungs(justiz)behörden sollen sich die Zeit nehmen dürfen, die sie benötigen, um ihre Entscheide an den dogmatischen Grundregeln auszurichten. Wo sie unter Zeitdruck stehen bzw. wo sie sich selber unter Zeitdruck setzen, schmilzt dieser «Freiraum» dahin. Dieser ist nicht wie die Unabhängigkeit verfassungsrechtlich und institutionell gewährleistet, sondern muss von Verwaltungs(justiz)mitarbeitenden täglich neu erkämpft werden. Abermals ist es das ökonomische, auf Effizienz und Erledigung getrimmte Denkmuster, das Verwaltung und Verwaltungsjustiz heute dazu drängt, möglichst rasch, pragmatisch und ohne grosse Sorge um die dogmatische Reinheit zu entscheiden. Wie andernorts ist auch hier ratsam, Zeitdruck kritisch zu hinterfragen. Nur selten ist er nämlich gerechtfertigt.⁴¹ Zwar gehört effizientes, (prozess-)ökonomisches Handeln ohne Zweifel zum staatlichen Grundauftrag von Verwaltung und Verwaltungsjustiz. Aber alles mit Mass. Nie darf Zeitdruck die unerlässliche Mitwirkung der Verwaltungs(justiz)behörden am Gemeinschaftswerk «Dogmatik» vereiteln.

Und auch hier muss man sich die Frage stellen: Wer springt in die Lücke, wenn die Praxis die dogmatischen Konstrukte der Rechtswissenschaft nicht mehr austestet und der Wissenschaft zuverlässige Rückmeldungen zu deren Tauglichkeit macht?⁴²

4. Fazit: Freiräume als Rahmenbedingungen

Die Staatsaufgabe «Rechtsdogmatik» lässt sich nur unter bestimmten Rahmenbedingungen erfüllen. Die beiden staatlichen Hauptakteure benötigen hierfür entsprechende Freiräume: die Universität muss sich ihren akademischen Freiraum *bewahren* und die Verwaltungs(justiz)behörden ihren zeitlichen Freiraum *erkämpfen*. Dazu braucht es nicht nur Energie, sondern auch Mut. Mut, der um sich greifenden Ökonomisierungs- und Effizienzeuphorie beherzt entgegenzutreten. Nicht um des (ideologischen) Prinzips, sondern um des Rechtsstaats willen. Wo nämlich die Pflege der Dogmatik unter dem Einfluss modischer Trends leidet, leiden Rechtssicherheit und Rechtsvertrauen und damit zwei seiner Essentialien.

IV. Schlussgedanke: Aufruf zur Reflexion

Rechtsdogmatik ist als Staatsaufgabe auch staatliche Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung. Bislang hat dieses Faktum – sofern es überhaupt wahrgenommen wurde – nicht zu grösseren juristischen Reflexionen angeregt. Über Rechtsdogmatik, darüber was sie ist bzw. sein soll, wird denn auch

⁴¹ Vgl. dazu auch MÜLLER, Reflexionen, 245 ff.

⁴² Vgl. auch BVR 2015, 1 f. (Editorial).

vorzüglich dann diskutiert, wenn in Staat und Gesellschaft Umwandlungen und Umbrüche im Gange sind.⁴³ Zwar erleben wir zur Zeit keine Umstürze historischen Ausmasses, mit der Ökonomisierung von Wissenschaft und Justiz aber sehr wohl folgenschwere Wandlungen und Werteverstärkungen. Höchste Zeit also, Rolle und Stellenwert der Rechtsdogmatik zu reflektieren.

Literaturverzeichnis

HANS-JÜRGEN AHRENS, Wissenschaft – Justiz – Anwaltschaft: Wes Brot ich ess, des Lied ich sing?, in: DVBl 2014, 1096 ff.; OTTO BACHOF, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVdStRL 1972, Berlin 1972, 193 ff.; SUSANNE BAER, Verwaltungsaufgaben, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, München 2006, 717 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Demokratietheorie – rechtswissenschaftlich betrachtet, in: Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, 1 ff.; WINFRIED BROHM, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVdStRL 1972, Berlin 1972, 245 ff.; WINFRIED HASSEMER, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiss Dogmatik?, Tübingen 2012, 3 ff.; HANS HUBER, Das Recht im technischen Zeitalter, in: Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, 57 ff.; OLIVER JEGES, Generation Maybe. Die Signatur einer Epoche, Berlin 2014; MATTHIAS JESTAEDT, Wissenschaftliches Recht, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiss Dogmatik?, Tübingen 2012, 117 ff.; PAUL KIRCHHOF, Rest lässt hoffen, München 2014; ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011; UTE, MAGER Wissenschaft, in: Hanno Kube/Gerd Morgenthaler/Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band 1, München 2013, 559 ff.; MATHIAS MAHLMANN, Der Staat im Spektrum der Wissenschaften, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, 65 ff.; CHRISTOPH MÖLLERS, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, München 2006, 121 ff.; MÜLLER MARKUS, Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006 (zit. Verwaltungsrecht); DERS., Akademische Freiheit. Sorge um ein bedrohtes Gut, in: Peter V. Kunz/Jonas Peter Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 381 ff. (zit. Akademische Freiheit); DERS., Il faut donner du temps au temps: Reflexionen zur zeitlosen Zeitnot in der Gesetzgebung, in: Leges 2014, 245 ff. (zit. Reflexionen); DERS., [Schleich-]wege zum Verwaltungsrechtsschutz, in: ZBl 2015, 59 ff. (zit. Schleichwege); BERND RÜTHERS, Rechtstheorie, München 1999 (Rechtstheorie); DERS., Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, in: Rechtspolitisches Forum 2003 Heft 15, (zit. Rechtsdogmatik); BERND RÜTHERS /

⁴³ Vgl. RÜTHERS, Rechtsdogmatik, 7.

CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, *Rechtstheorie*, 7. Aufl., München 2013; PIERRE ZIMMERLI/ULRICH TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014; RAINER WAHL, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Öffentlichen Recht*, in: Rolf Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, Tübingen 2010, 121 ff.; JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848 (2. Auflage des Nachdrucks, Heidelberg 2000); THOMAS WÜRTEMBERGER, *Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht*, in: Rolf Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, Tübingen 2010, 3 ff.